

AUXILIO DE CESANTIAS DE EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL– Aplicación del régimen anualizado. Reconocimiento de la sanción moratoria por no consignación antes del 15 de febrero de cada año. No manifestación del Fondo al que se debe hacer la consignación no exime de responsabilidad a la administración

El sistema de liquidación anualizada del auxilio de cesantías es aplicable a los servidores públicos del orden territorial a partir la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, norma que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998. El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado. Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable para los servidores públicos vinculados a las entidades del orden territorial a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998). Como la vinculación del señor Alberto Atencio Salas fue con una entidad del orden territorial y se dio a partir del 8 de noviembre de 2004, el régimen de cesantías aplicable en su caso es la Ley 344 de 1996 que contempló el pago anualizado, norma que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque, contrario a lo expresado por la Contraloría Distrital en el acto demandado, la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad aquí demandada.

FUENTE FORMAL: LEY 344 DE 1996 / DECRETO 1582 DE 1998

REESTRUCTURACION DE PASIVOS – No exime del pago de las acreencias laborales

En diversos pronunciamientos proferidos por la Sala se ha puesto de presente que las crisis financieras de las entidades estatales no pueden ser excusa para el no reconocimiento y pago oportuno de las acreencias laborales de los servidores vinculados laboralmente a ellas. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre que la reestructuración de pasivos no exime a la administración al pago de acreencias laborales, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 201, Rad 2006-02143 (1300-09)

SANCION MORATORIA EN CESANTIAS – No consignación antes del 15 de febrero de cada año y por no consignación a la terminación de la relación laboral.

Importante resulta aquí aclarar que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995. Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998

se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la primera de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 / LEY 50 DE 1990

SANCION MORATORIA – Por no consignación antes del 15 de febrero de cada año. Prescripción. Conteo del término a partir de la terminación de la relación laboral

Del término prescriptivo para reclamar el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sección ha dicho que si bien la obligación de consignar en el Fondo el auxilio de cesantía surge para el empleador antes del 15 de febrero de cada año, la posibilidad de demandar nace desde el momento en que la administración, al retiro del servidor no hace entrega de la suma correspondiente a este concepto, es decir omite el cumplimiento de su obligación. La obligación de consignar que tiene el empleador no supone que su omisión en ese sentido haga exigible desde entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, por virtud de que la exigibilidad de esa prestación social, se inicia desde la terminación del vínculo laboral, momento en que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex-servidor los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiere cancelado con anterioridad, coincidiendo la Sala en este punto con lo que afirma la Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás citada.

SANCION MORATORIA EN EL PAGO DE CESANTIAS DE VARIAS ANUALIDADES ATRASADAS – No se genera por cada anualidad, corre en forma unificada

La Sala debe precisar que dicha sanción no se debe aplicar separadamente respecto de cada una de las anualidades atrasadas, pues la norma no prevé que, en casos de mora por varios periodos, dicha sanción se genere separadamente para cada anualidad, pues reconocerlo en esos términos daría lugar a que se pagara no solo un día, sino dos, tres, cuatro o más días de salario por cada día de mora, de acuerdo a la cantidad de años que se adeuden; de modo que se entiende que la misma debe correr en forma unificada desde el momento mismo en que se causa la primera mora, hasta cuando se haga efectivo el pago, independientemente de que durante ese lapso de incumplimiento de la obligación en cabeza de la administración, se constituya el derecho a nuevos pagos por periodos siguientes de tal prestación. **NOTA DE RELATORIA :** Sobre la aplicación de la sanción por mora de varias anualidades de cesantías atrasadas, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 2014, Rad 2009 -01126 (1669- 12),MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA DE CESANTIAS – Reconocimiento. Procedencia / INDEXACION DE LA SANCION MORATORIA DE CESANTIAS – Reconocimiento. Improcedencia

Atendiendo las precisiones realizadas por la Corte Constitucional en la **Sentencia C-488 de 1996**, la jurisprudencia de esta Sección, ha indicado que la indexación no procede sobre el valor de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, por cuanto se entiende que esa sanción “no solo cubre la actualización monetaria sino que es incluso superior a ella”, pero en tratándose de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990, ha considerado que la indexación si procede en razón a que “la misma tiene un límite temporal que resulta muy distante al de la fecha de ejecutoria de la sentencia”, siendo un valor histórico que debe actualizarse en la condena. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre la forma en que opera la indexación en la sanción moratoria, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 2007-00210 (2664),MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 08001-23-31-000-2010-000941-01(1366-12)

Actor: ALBERTO ENRIQUE ATENCIO SALAS

Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA, CONTRALORÍA DISTRITAL.

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 29 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negó las pretensiones de la demanda promovida por Alberto Enrique Atencio Salas contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital.

ANTECEDENTES

El señor Alberto Atencio Salas, acudió mediante apoderado a la jurisdicción en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los oficios **SG-019-0371-10 de 27 de agosto de 2010**, proferido por la Contraloría Distrital de Barranquilla y **DSH-882 de 17 de agosto de 2010**, proferido por el Secretario de Hacienda Distrital (E),

mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción por la mora o retraso en la consignación de las cesantías de los años 2004, 2005 y 2006 en un fondo administrador.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a las entidades accionadas a pagar un día de salario por cada día de mora o retardo en la consignación de las cesantías al fondo, a partir del 16 de febrero de 2005 y hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que recibió el pago de las cesantías correspondientes a los periodos 2004 a 2006, la indexación de las sumas que se reconozcan y el pago de las costas y agencias en derecho.

Los **hechos** de la demanda se resumen así:

El señor Alberto Atencio Salas laboró en la Contraloría Distrital de Barranquilla como Contralor Auxiliar Código 035 grado 04, del 8 de noviembre de 2004 al 06 de Febrero de 2008. El último salario recibido fue \$2'873.427

Afirma que el régimen de liquidación de cesantías que le es aplicable es el contenido en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que remite a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990 en cuanto al deber de consignar en un fondo administrador de cesantías la liquidación anual de las cesantías el 15 de febrero de cada año y la sanción por mora o retraso en el cumplimiento de esta obligación.

Relata que las cesantías de los años 2004, 2005 y 2006 no le fueron consignadas anualmente en el Fondo Administrador de Cesantías al cual debía estar afiliado; que el pago de las mismas se realizó en forma tardía el 30 de abril de 2008 y que las entidades demandadas deben reconocer y pagar la sanción moratoria por el retraso en la consignación de las cesantías a razón de un día de salario por cada día de mora, a partir del 16 de febrero de 2005 y hasta el 30 de abril de 2008.

Expuso que mediante escrito radicado ante la Contraloría Distrital de Barranquilla el 03 de agosto de 2010, solicitó la cancelación y pago de la sanción por omisión del ente empleador de no llevar a cabo la consignación del auxilio de cesantías al Fondo Administrador de Cesantías, correspondiente a los años 2004, 2005 y

2006, petición que fue atendida negativamente a través del acto administrativo contenido en el Oficio SG-019-0371-10 de 27 de agosto de 2010.

En forma simultánea, presentó reclamación administrativa ante la Alcaldía Distrital de Barranquilla, mediante la cual pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996 y demás normas reglamentarias, complementarias y concordantes con esta materia, por la omisión de no concurrir en la actuación que debía ejercer junto con el organismo empleador, respecto a la consignación del auxilio de cesantías de forma oportuna, correspondiente a las anualidades de 2004, 2005 y 2006, la que fue respondida negativamente a través del oficio DSH-882 de 17 de agosto de 2010.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Nacional: artículos 13, 29, 53 y 209.

De orden legal: Ley 50 de 1990, artículo 99 numeral 3; Decreto 1063 de 1991 artículo 21; Ley 344 de 1996, artículo 13; Decreto 1582 de 1998, artículo 1; Código Contencioso Administrativo artículos 85, 137 a 139 y Código de Procedimiento Civil.

Al explicar el concepto de violación, se afirma en la demanda que los actos acusados están afectados de nulidad por desconocimiento de las normas que regulan el régimen legal de las cesantías de los servidores públicos territoriales consagrado en la Ley 344 de 1996 y en el Decreto reglamentario 1582 de 1998.

Luego de transcribir el texto de las normas citadas, refiere el actor que se encuentra sometido al régimen anualizado de cesantías, por ende, la entidad demandada debió liquidarla año a año y consignar su valor en el respectivo Fondo a más tardar el 15 de febrero de la siguiente anualidad, lo que no ocurrió durante los años 2004, 2005 y 2006; por lo anterior, plantea que le asiste el derecho a que se le reconozca y ordene el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998.

Indica además que según el Acuerdo 017 de 1 de diciembre de 2004 del Concejo Distrital de Barranquilla, el Distrito debió asumir los pasivos laborales de la Contraloría, lo que genera una responsabilidad solidaria frente a las pretensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Distrito de Barranquilla** se opuso a las pretensiones de la demanda, advirtió que aunque los recursos percibidos por las Contralorías Distritales son transferencias hechas por los entes territoriales, ello no comporta solidaridad alguna, en tanto aquellas deban eventualmente, reconocer indemnizaciones en atención a las cesantías.

Señaló el Distrito que la Contraloría es un ente técnico y autónomo y, no existe acuerdo alguno entre ambos entes estatales que comporte solidaridad por concepto laboral alguno, para la época que reclama el actor. Dicho de otra forma, corresponde a la Contraloría Distrital en desarrollo de sus atribuciones y por ser la nominadora de su planta de personal y acorde a su autonomía presupuestal y administrativa, velar por el pago puntual y la consignación respectiva de las cesantías de sus empleados y no al Distrito de Barranquilla como lo pretende el demandante al convocar en igualdad de condiciones al ente fiscal y al Distrito.

Propuso como excepciones: la inexistencia de la obligación del Distrito de Barranquilla y la caducidad de la acción.

Afirmó que al no existir convenio, acuerdo, acto administrativo o cualquier acto que comprometa al Distrito de Barranquilla con la obligación de la consignación de las cesantías de los trabajadores de la Contraloría Distrital, no existe solidaridad del Distrito en el pago de cesantías moratorias, porque la entidad pública pagadora y obligada es la Contraloría Distrital.

En punto a la caducidad, expresó que al actor se le cancelaron las cesantías definitivas el 30 de abril de 2008 y dentro del término de los cuatro (4) meses siguientes no adelantó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que considera que se ha producido la caducidad de la acción.

La **Contraloría Distrital de Barranquilla** manifestó que los hechos expuestos por el demandante eran ciertos excepto la afirmación que se hace respecto a la

vulneración al régimen de cesantías por el no pago dentro del mes de febrero de la anualidad siguiente a la que se causó el derecho.

Propuso como excepciones la inexistencia de la obligación y la subrogación de la misma. Indicó que la sanción moratoria tiene su procedencia solo en el evento de comprobarse mala fe por parte del empleador y en el presente caso, la mora en la consignación de las cesantías se debe a la difícil situación financiera, lo que condujo a que mediante Acuerdo No. 17 de 2004 el ente territorial asumiera la totalidad de las obligaciones.

Resaltó que la Contraloría depende de las transferencias que gire la Alcaldía Distrital, lo que hace que esta entidad no cuente con autonomía presupuestal absoluta sino relativa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Atlántico mediante sentencia de 29 de febrero de 2012 negó las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (folios 156 a 171).

Sostuvo que teniendo en cuenta la vinculación del demandante con la Contraloría Distrital de Barranquilla, a partir del 4 de noviembre de 2004, le es aplicable el régimen de cesantías anualizado, previsto en la Ley 344 de 1996, reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, dentro del cual la entidad con quien tiene el vínculo laboral tiene la obligación de consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado al que se encuentre afiliado.

Se refirió a la diferencia existente entre la sanción moratoria por no consignación en el fondo de cesantías el 15 de febrero de cada año, consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la que se genera por la mora en el pago de las cesantías definitivas con ocasión de la terminación de la relación legal o reglamentaria prevista en la Ley 244 de 1999.

Consideró que los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la parte actora no estaban llamados a prosperar toda vez que el actor solicitó la sanción consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no consignación oportuna de las cesantías en el fondo, sin tener en cuenta que la norma aplicable era el numeral 4 ibídem y la Ley 244 de 1999 en la medida en

que ya había cesado la relación laboral, razón por la cual concluyó que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda por inexistencia de violación de la normativa invocada en la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con fundamento en los siguientes motivos de impugnación: (fs. 196 a 203):

Indicó que el objeto de sus pretensiones es el pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías durante los años 2004 a 2006.

Manifestó que el ente empleador al no efectuar la consignación del auxilio de cesantías el 15 de febrero de cada año, infringió la Ley 344 de 1996, incurriendo en la sanción moratoria hasta la fecha en que le fueron canceladas las cesantías en forma definitiva.

Sostuvo que la sanción prevista en la Ley 344 de 1996 es independiente de la prevista en la Ley 244 de 1995 y no son incompatibles.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte actora compareció en esta oportunidad¹ para reiterar que el fundamento de sus pretensiones es el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 que contempla la obligatoriedad de las entidades estatales, de consignar el auxilio de cesantías el 15 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de hacerse acreedores a la sanción consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario por cada día de retraso. En tal sentido, aclaró que lo que pretende la demanda es el reconocimiento y pago de la sanción por no consignación del auxilio de cesantías en el Fondo, y no la sanción por la mora en el pago de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

¹ Folios 213 a 220.

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, emitió concepto No. 143786 en el que solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda. Considera que el actor estaba sometido al régimen anualizado de cesantías previsto en la Ley 344 de 1996, por lo tanto, la entidad demandada tenía el deber de consignar la prestación de los años 2004 a 2006 a más tardar el 15 de febrero del año siguiente, como ello no ocurrió, se configuró la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (fs. 222 a 228).

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1. Problema jurídico.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala absolver el siguiente interrogante: ¿se configuran los presupuestos que dan lugar al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la omisión en la consignación de las cesantías del actor correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006?

2. Marco normativo y jurisprudencial.

El sistema de liquidación anualizada del auxilio de cesantías es aplicable a los servidores públicos del orden territorial a partir la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, norma que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado. Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable para los servidores públicos vinculados a las entidades del orden territorial a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 tiene el siguiente contenido literal:

“Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se

vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral; (...)."

Por su parte el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, dispone:

"El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...)."

En este orden, como características de este régimen, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, se ordenó que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99² de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador **no consigne la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

Esta Sala en la sentencia proferida el 21 de mayo de 2009 dentro del proceso radicado con el No. 2070-2007, C.P. Gerardo Arenas Monsalve expuso en que consiste la diferencia entre la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, en los siguientes términos: *"...existe diferencia entre la indemnización derivada de la*

² "ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo."

falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre; con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995”.

3. Caso Concreto.

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora se funda en la existencia de los presupuestos para el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en el fondo, como lo preve el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Se encuentra demostrado con la certificación allegada al folio 43, expedida por el Secretario General de la Contraloría Distrital de Barranquilla el 12 de junio de 2008, que el señor Alberto Atencio Salas laboró en dicho órgano de control fiscal como Contralor Auxiliar código 035 grado 04, del 08 de noviembre de 2004 al 6 de febrero de 2008, devengando una asignación mensual de \$2'873.427 durante el último año de servicios.

De los folios 89 y 90 se desprende que mediante la Resolución No. 0075 de 3 de marzo de 2008, expedida por el Contralor Distrital de Barranquilla, le fueron reconocidas las cesantías definitivas por el periodo comprendido entre el 8 de noviembre de 2004 y el 06 de febrero de 2008, por la suma de \$10'695.546, de los cuales fue consignada en el Fondo de Cesantías Santander, la suma de \$3'476.179 correspondientes a la vigencia de 2007, y la suma de \$7'219.367 fue consignada el 30 de abril de 2008 en el Fondo de Pensiones y Cesantías del Banco Santander (fs. 141 y 142).

El 03 de agosto de 2010 (fs. 14 y 15) el actor solicitó al Alcalde así como al Contralor de Barranquilla, el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 por el no giro oportuno del auxilio de cesantías al fondo al que se encontraba afiliado, correspondiente a los años 2004, 2005 y 2006.

La Contraloría Distrital dio respuesta a la anterior solicitud mediante el oficio SG-019-0371-10 de 27 de agosto de 2010 manifestando que no era posible acceder al reconocimiento de la sanción moratoria por no consignación oportuna al fondo, toda vez que verificada la hoja de vida del actor, se pudo establecer que no existe notificación alguna al empleador ni constancia de afiliación al fondo de cesantías, razón por la cual, el valor de las cesantías causadas por el periodo laborado del 08 de noviembre de 2004 a 06 de febrero de 2008 le fue pagado al momento del retiro (fl.16)

Por su parte, la Alcaldía Distrital de Barranquilla sostuvo que la Contraloría es la entidad encargada de asumir el pago de los salarios y demás prestaciones de sus funcionarios, dada la autonomía administrativa y presupuestal que tiene dicho órgano de control, existiendo solo la obligación del Distrito de remitir las transferencias que le corresponden en virtud de la Ley 617 de 2000 (fs. 17 y 18)

En efecto, como la vinculación del señor Alberto Atencio Salas fue con una entidad del orden territorial y se dio a partir del 8 de noviembre de 2004, el régimen de cesantías aplicable en su caso es la Ley 344 de 1996 que contempló el pago anualizado, norma que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque, contrario a lo expresado por la Contraloría Distrital en el acto demandado, la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado³, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad aquí demandada. Las pruebas recaudadas permiten establecer que la Contraloría Distrital de Barranquilla no consignó oportunamente las cesantías de los periodos 2004, 2005 y 2006 en el Fondo al que se encontraba afiliado el actor, pues la liquidación de las cesantías se realizó al término del vínculo tal y como se infiere del contenido de la Resolución No. 0075 de 03 de marzo de 2008 (fs. 89 y 90) y la consignación de las mismas se realizó el 30 de abril de 2008, fecha en que la Fiduprevisora S.A. hizo el giro con destino al Fondo de Pensiones y Cesantías Santander (fs. 141 y 142).

³ En este sentido se pronunció la Sala en sentencia de 21 de mayo de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-2002-01586-01(2070-07), Actor: William Arango Pérez, Demandado: Municipio de la Cumbre. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso sí se dan los supuestos de hecho que generan a favor del demandante el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2004, 2005 y 2006 dentro del término establecido en la ley.

En este punto, es preciso señalar que en diversos pronunciamientos proferidos por la Sala se ha puesto de presente que las crisis financieras de las entidades estatales no pueden ser excusa para el no reconocimiento y pago oportuno de las acreencias laborales de los servidores vinculados laboralmente a ellas.

De igual forma, se ha reiterado por la Corporación⁴ que cuando la entidad territorial obligada a proveer los recursos para el pago de las acreencias laborales de los servidores públicos se encuentre en proceso de reestructuración de pasivos deben protegerse las obligaciones adquiridas con justo título, lo que permite afirmar que de ninguna forma le es factible a la entidad desconocer alguna de dichas obligaciones.

Corolario de lo expuesto, se tiene que le asiste el derecho al demandante al reconocimiento de la sanción moratoria dispuesta por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en lo que tiene que ver con la no consignación de las cesantías correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006 antes del 15 de febrero, la que deberá liquidarse a partir del 16 de febrero de 2005 (año subsiguiente a la causación de la misma) y hasta el 06 de febrero de 2008, fecha en la que se produjo el retiro del actor por aceptación de la renuncia, mediante Resolución No. 0034 de 31 de enero de 2008, toda vez que al finalizar la vinculación laboral, la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador en el plazo indicado en la Ley 244 de 1995, so pena de la sanción moratoria allí contemplada.

Importante resulta aquí aclarar que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o

⁴ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, Consejera ponente: DRA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, sentencia de 17 de marzo de 2011. Radicación número: 08001-23-31-000-2006-02143-01(1300-2009). Actor: Álvaro Ascencio García.

reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995⁵.

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la primera de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Cada una de estas sanciones tienen una finalidad y origen distinto, por lo cual, reitera la Sala que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la ley 244 de 1995 pues aquella rige mientras está vigente la relación legal y está a partir de cuando fenece. Esta última finalidad es la que impide su reconocimiento de manera concurrente.

De otra parte, en cuanto al análisis del término prescriptivo para reclamar el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sección ha dicho que si bien la obligación de consignar en el Fondo el auxilio de cesantía surge para el empleador antes del 15 de febrero de cada año, la posibilidad de demandar nace desde el momento en que la administración, al retiro del servidor no hace entrega de la suma correspondiente a este concepto, es decir omite el cumplimiento de su obligación⁶.

En tal sentido, es pertinente destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala

⁵ Ver cita No. 3.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011 radicado interno (2005-2009).

Laboral en reiterada jurisprudencia⁷ al analizar el término desde que puede contabilizarse la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990.

“ (...) El artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, contiene seis (6) numerales, de los cuales importan al presente asunto los cuatro (4) primeros, que analizados integralmente y aún uno por uno, nos llevan a la conclusión de que la prescripción del auxilio de cesantía de la forma regulada por el precepto en comento, empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo y no antes.

...

El numeral 3° establece la obligación para el empleador de consignar en un fondo antes del 15 de febrero del año siguiente al de la liquidación, el monto del auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad anterior o a la fracción de ésta. Si el empleador no efectúa la consignación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Y el numeral 4°, que tiene una absoluta claridad que emana de su propio tenor literal, preceptúa que si a la terminación del contrato de trabajo existieren saldos a favor del trabajador que el empleador no haya consignado al fondo, deberá pagarlos directamente al asalariado junto con los intereses legales respectivos, aquí debe entenderse cualquier saldo de cualquier tiempo servido, pues este aparte de la norma no establece límite de tiempo alguno.

Así las cosas, se reitera nuevamente, que el sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía actualmente vigente, no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social. Simplemente y desde luego de manera radical y funcional, cambió la forma de su liquidación, pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto a que solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex-trabajador debía recibirla y beneficiarse de ella como a bien lo tuviera sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia del contrato necesitara anticipos parciales o préstamos sobre el mismo.

El hecho de que al empleador renuente a la consignación, le implique el pago de un día de salario por cada día de retardo, no significa que el término de prescripción como modo de extinguir una obligación, empiece desde la fecha límite que tenía para consignar anualmente, pues no es eso lo que regula el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sino otra cosa bien diferente y que atrás quedó consignado; pues de otro lado, tampoco debe olvidarse que dicha sanción solo va hasta la finalización del contrato de trabajo, por virtud de que en este momento la obligación de consignar se convierte en otra, cual es la de pagar directamente al trabajador los saldos adeudados por auxilio de

⁷Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencias del 12 de octubre de 2004 y 13 de septiembre de 2006, radicados 23794 y 26327, respectivamente, en las cuales se insistió en lo expuesto en casación del 19 de febrero de 1997 radicación 8202.

cesantía, incluyendo los no consignados en el fondo, como reza el artículo 99 numeral 4° anotado, sin perjuicio de que la sanción por mora que de ahí en adelante se pueda imponer sea la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 (...)

La obligación de consignar que tiene el empleador no supone que su omisión en ese sentido haga exigible desde entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, por virtud de que la exigibilidad de esa prestación social, se inicia desde la terminación del vínculo laboral, momento en que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex-servidor los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiere cancelado con anterioridad, coincidiendo la Sala en este punto con lo que afirma la Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás citada.

De este modo, se tiene que conforme lo consagra el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el incumplimiento de la obligación de consignar dentro del término establecido para el efecto genera la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el servidor público, castigándolo con la prescripción extintiva cuando el empleado no requiere a la administración para que deposite al fondo su cesantía, sin haberse consolidado la exigibilidad de la cesantía, la cual se tipifica al terminar la relación laboral como ya se expuso.

Por lo anterior, el Despacho insiste en que mientras esté vigente el vínculo laboral, no se puede hablar de prescripción de las cesantías ni de sus derechos accesorios, como lo es entre otros, la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías por parte del empleador al fondo de cesantías respectivo, lo cual se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, y los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, como en el presente caso, el vínculo laboral del actor terminó el 6 de febrero de 2008 con la aceptación de la renuncia mediante Resolución 0034 de 31 de enero de 2008 (f. 43) y la reclamación de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías de los años 2004, 2005 y 2006 se presentó el 03 de agosto de 2010 se puede deducir con absoluta claridad que la sanción moratoria correspondiente a los años 2004 a 2006 no se encontraba

prescrita al momento de la reclamación laboral, pues entre ésta y la terminación del vínculo no transcurrió el término prescriptivo de tres (3) años⁸.

Finalmente, la Sala debe precisar que dicha sanción no se debe aplicar separadamente respecto de cada una de las anualidades atrasadas, pues la norma no prevé que, en casos de mora por varios periodos, dicha sanción se genere separadamente para cada anualidad, pues reconocerlo en esos términos daría lugar a que se pagara no solo un día, sino dos, tres, cuatro o más días de salario por cada día de mora, de acuerdo a la cantidad de años que se adeuden; de modo que se entiende que la misma debe correr en forma unificada desde el momento mismo en que se causa la primera mora, hasta cuando se haga efectivo el pago, independientemente de que durante ese lapso de incumplimiento de la obligación en cabeza de la administración, se constituya el derecho a nuevos pagos por periodos siguientes de tal prestación⁹.

.- Indexación.

Atendiendo las precisiones realizadas por la Corte Constitucional en la **Sentencia C-488 de 1996**¹⁰, la jurisprudencia de esta Sección¹¹, ha indicado que la indexación no procede sobre el valor de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, por cuanto se entiende que esa sanción “no solo cubre la actualización monetaria sino que es incluso superior a ella”, pero en tratándose de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990, ha considerado que la indexación si procede en razón a que “la misma tiene un límite temporal que resulta muy distante al de la fecha de ejecutoria de la sentencia”¹², siendo un valor histórico que debe actualizarse en la condena.

En ese orden de ideas, la Sala ordenará reconocer y pagar la indexación del valor de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, desde el día en que cesó la omisión de consignar las cesantías, hasta el día de ejecutoria de la presente

⁸ artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

⁹ Así lo consideró la Subsección A. en sentencia de 13 de febrero de 2014. Radicación número: 08001-23-31-000-2009-01126-01(1669-12) C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ Mediante la cual se declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3º de la Ley 244 de 1995.

¹¹ Ver, entre otras, la sentencia de 5 de Agosto de 2010, Radicación No. 08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y sentencia de 17 de abril de 2013. Sección Segunda, Subsección A, Radicación No. 08001-23-31-000-2007-00210-01 (2664-11). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹² Sentencia de 17 de abril de 2013. Sección Segunda, Subsección A, Radicación No. 08001-23-31-000-2007-00210-01 (2664-11). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

sentencia, y de ahí en adelante, los intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar, se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en la consignación del monto correspondiente al auxilio de cesantías de los años 2004, 2005 y 2006.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCASE la sentencia del 29 de febrero de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, negó las pretensiones de la demanda. En su lugar,

DECLÁRASE la nulidad de los oficios **SG-019-0371-10 de 27 de agosto de 2010**, proferido por la Contraloría Distrital de Barranquilla y **DSH-882 de 17 de agosto de 2010**, proferido por el Secretario de Hacienda Distrital (E), mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción por no consignación de las cesantías de los años 2004, 2005 y 2006 en un fondo administrador.

En consecuencia **CONDÉNASE** al Distrito de Barranquilla, Contraloría Distrital al reconocimiento y pago a favor del señor Alberto Atencio Salas, de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, equivalente a un pago único de un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago, desde el 16 de febrero de 2005 y hasta el 06 de febrero de 2008, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2004, 2005 y 2006, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

R= RH Índice final
Índice inicial

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER